

Nya Joneberg C AB
c/o Simrishamns Bostäder AB
Bruksgatan 1
272 23 Simrishamn

Nya Joneberg C AB - byggande av hyreslägenheter

Nya Joneberg C AB har brutit mot reglerna om annonsering i 15 kap. 4 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (ÄLOU).

Skäl för beslutet

Ni har gjort en otillåten direktupphandling genom att ingå ett byggtreprenadkontrakt med Knut Edstrand Byggnads AB (Edstrands) den 4 oktober 2013 utan annonsering trots att detta krävdes. Ni var vid tidpunkten ett offentligt styrt organ enligt ÄLOU och var därmed skyldiga att annonsera era inköp av varor, tjänster och byggtreprenader.

Detta säger regelverket

Från och med den 1 januari 2017 gäller den nya lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Enligt övergångsbestämmelserna ska lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (ÄLOU) tillämpas på upphandlingar som påbörjats innan dess. Det granskade avtalet ingicks 2013. Därför gäller ÄLOU. En bedömning enligt de nya reglerna skulle dock leda till samma resultat.

Upphandlingsreglerna ska tillämpas av alla upphandlande myndigheter. Upphandlande myndigheter är bland annat statliga och kommunala myndigheter men även offentligt styrda organ likställs med sådana upphandlande myndigheter.

Offentligt styrda organ är bolag, föreningar, stiftelser med flera som tillgodoser ett behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Organet ska dessutom ha en nära anknytning till en upphandlande myndighet. En sådan nära anknytning finns när något av de tre alternativa kriterierna offentlig kontroll, offentlig representation i styrelsen eller offentlig finansiering är uppfyllda. Detta följer av 2 kap. 12 § ÄLOU.

EU-domstolen har uttalat att begreppet offentligt styrt organ ska tolkas funktionellt utifrån syftet med upphandlingsdirektiven och säkerställa att deras ändamål uppfylls.¹ Syftet med direktiven är att ta bort såväl risken för att upphandlande myndigheter låter sig styras av andra överväganden än rent ekonomiska när de tilldelar kontrakt som för att nationella anbudsgivare får företräde till dessa kontrakt.² EU-domstolen har även vid upprepade tillfällen uttalat att begreppet offentlig styrt organ ska ges en stor räckvidd.³ Eftersom begreppet offentligt styrt organ är ett unionsrättsligt begrepp ska vad som kan vara ett behov i det allmännas intresse bedömas på samma sätt inom hela EU.⁴ Allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär utgörs i allmänhet av behov som staten, av skäl som har samband med allmänintresset, väljer att själv tillgodose eller som den avser att fortsätta att ha ett avgörande inflytande på.

Bedömningen av om organet tillgodoser ett behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär ska göras med hänsyn till samtliga faktiska och relevanta omständigheter. Detta omfattar omständigheterna som var aktuella vid bildandet av organet och villkoren för organets verksamhet. Detta inkluderar i sin tur indikatorer som om verksamheten är utsatt för konkurrens, om det finns ett huvudsakligt vinstintresse och om organet självt bär de förluster som uppstår i samband med verksamheten och om organet får offentlig finansiering.⁵

Utöver kravet på att vara en juridisk person som tillgodoser ett behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär ska ett offentligt styrt organ ha en nära anknytning till offentliga myndigheter för att jämföras med en upphandlande myndighet. En nära anknytning anses finnas när något av de tre alternativa kriterierna offentlig kontroll, offentlig representation i styrelsen eller offentlig finansiering är uppfyllda. Enligt EU-domstolens praxis ska varje enskilt kriterium tolkas funktionellt, det vill säga oberoende av de formella reglerna för dess tillämpning, och varje kriterium ska tolkas så att det skapas en nära anknytning till de offentliga myndigheterna.⁶ Begreppet offentligt styrt organ ska vid bedömningen också ges stor räckvidd.⁷

Offentlig kontroll finns när en upphandlande myndighet har en sådan tillsyn över organet som gör det möjligt att utöva ett inflytande över organets beslut om offentlig upphandling.⁸ En aktiv tillsyn och kontroll över organets löpande

¹ Se C-31/87 Beentjes punkt 11, C-360/96 BFI Holding punkt 34, C-353/96 Irish Forestry Board punkt 36 och C-470/99 Universale-Bau AG punkt 53.

² Se C-470/99 Universale-Bau AG punkt 52 och C-337/06 Bayerischer Rundfunk punkt 36-37.

³ Se C-283/00 Kommissionen mot Spanien (SIEPSA) punkt 73, C-214/00 Kommissionen mot Spanien punkt 53 och C-373/00 Adolf Truley punkt 42-43.

⁴ Jmf C-373/00 Adolf Truley punkt 45.

⁵ Se C-18/01 Korhonen punkterna 48-51 och C-283/00 SIEPSA punkt 81 och C-360/96 BFI Holding punkt 49.

⁶ Se C-526/11 IVD GmbH & Co. KG mot Ärztekammer Westfalen-Lippe punkt 21.

⁷ Se C-373/00 Adolf Truley punkt 43.

⁸ Se C-237/99 Kommissionen mot Frankrike punkt 48.

förvaltning kan också innebära att det finns en offentlig kontroll. Däremot finns det inte en offentlig kontroll om det bara i efterhand sker en enklare granskning av organets förvaltning.

Offentlig representation i styrelsen finns om mer än hälften av ledamöterna i styrelsen utses av en upphandlande myndighet.

Offentlig finansiering innebär att organets verksamhet till mer än hälften finansieras direkt eller indirekt av en upphandlande myndighet. Det är bara finansiering som sker utan särskild motprestation som är relevant vid bedömningen. För att ta höjd för att finansieringen av ett organ kan variera från år till år ska bedömningen ske på årsbasis. Underlaget för bedömningen är de siffror som är tillgängliga i början av budgetåret. Det gäller även om siffrorna är provisoriska.⁹

I de fall ett organ är offentligt styrt och därmed är att likställa med en upphandlande myndighet är organet skyldigt att annonsera enligt LOU.

Under 2013 var tröskelvärdet för byggentreprenader 47 438 500 kronor.

Konkurrensverkets utredning

Genom vår omvärldsbevakning fick vi information om att det kommunala bostadsbolaget Simrishamns Bostäder AB (SIMBO) under år 2012 hade påbörjat ett projekt tillsammans med Näckström Fastigheter AB (Näckström). Projektet gick under benämningen Jonebergsprojektet. Syftet med projektet var enligt uppgift att uppföra byggnader inom Simrishamns kommun. Vi påbörjade mot bakgrund av dessa uppgifter ett ärende för att närmare utreda om någon del av projektet innebar att det skett en överträdelse av ÄLOU. Inledningsvis bedrevs utredningen mot SIMBO och vi skickade även ett utkast till ansökan om upphandlingsskadeavgift till dem för att ge dem möjlighet att lämna synpunkter. Baserat på det svar som vi fick, och på vad som kom fram i den fortsatta utredningen bedömde vi att utredningen i stället borde rikta sig mot er. Skälet till det var att det var ni som ingått avtalet med Edstrands om byggandet av bostäderna. Det fanns dessutom anledning att anta att ni vid tidpunkten för avtalet var att anse som ett offentligt styrt organ och att ni därmed varit skyldiga att följa ÄLOU. Vi avslutade därför utredningen mot SIMBO och öppnade i stället ett nytt ärende mot er.

Under 2009 genomförde Simrishamns kommun en annonserad upphandling om byggandet av hyreslägenheter för trygghetsboende och lokaler för den kommunala hemtjänsten. Byggnaderna skulle uppföras på den kommunala fastigheten Joneberg 1. Eftersom det enda anbud som kom in vid upphandlingen

⁹ Se C-380/98 University of Cambridge punkt 40-41.

överskred budgeterade medel avbröts emellertid upphandlingen och kommunen inledde i stället en dialog med det kommunala bostadsbolaget, SIMBO.

Under 2012 kom SIMBO och kommunen i kontakt med det privata bolaget Näckström och ett projekt inleddes med syftet att utveckla och bebygga Joneberg 1. För genomförandet av projektet kom parterna överens om att de skulle bilda ett gemensamt projektbolag med tre dotterbolag. Genom vald projektorganisation var det möjligt att strukturera samarbetet så att projektmålen kunde uppnås samtidigt som parterna garanterades insyn och kontroll. En sammanhållen projektorganisation innebar också att projektering och gestaltning av byggnaderna kunde genomföras gemensamt samt att kontakterna med kommunen förenklades.

I december 2012 ingick SIMBO och Näckström ett exploateringsavtal med kommunen.¹⁰ Enligt exploateringsavtalet skulle kommunen ansöka om avstyckning för nybildning av totalt fyra fastigheter från Joneberg 1. Fastigheterna kallades vid detta tillfälle för Fastighet A-D. Fastighet D skulle enligt avtalet i sin tur avstyckas för bildandet av fem nya tomter. I exploateringsavtalet reglerades att fastigheterna skulle komma att överlätas till det framtida holdingbolagets dotterbolag som skulle ansvara för exploateringen av respektive fastighet.

I januari 2013 ingick SIMBO och Näckström ett aktieägaravtal som reglerade inrättandet av det gemensamma holdingbolaget, Nya Joneberg Holding AB. Genom aktieägaravtalet inrättades även holdingbolagets tre dotterbolag: Nya Joneberg A, Nya Joneberg B och slutligen det dotterbolag som ni utgjorde, Nya Joneberg C. I aktieägaravtalet angavs formerna för dels hur holdingbolaget och ni respektive övriga dotterbolag skulle ägas, styras, finansieras, dels för hur projektet skulle genomföras.¹¹

För holdingbolagets räkning var ägandet fördelat så att Näckström skulle äga 55 procent av aktierna och SIMBO resterande 45 procent. Styrelsen i holdingbolaget tillsattes av parterna på så sätt att de skulle tillsätta två personer vardera och att Näckström skulle utse ordföranden om inte parterna kom överens om något annat. Motsvarande styrelsesammansättning skulle gälla för er och övriga dotterbolag.

Holdingbolagets verksamhet var att äga och förvalta fast egendom, bedriva projektering och exploatering av fast egendom och äga andelar i bolag som bedriver sådan verksamhet, samt därmed förenlig verksamhet.¹² I aktieägaravtalet bestämdes emellertid att exploateringen av de fyra fastigheterna inte skulle genomföras av holdingbolaget, utan i de tre dotterbolagen. Exploateringen skulle

¹⁰ Exploateringsavtal undertecknat av SIMBO och Näckström den 20 december 2012 och Simrishamns kommun den 31 december 2012.

¹¹ Se Aktieägaravtal undertecknat den 11 januari 2013.

¹² Punkt 3 i Nya Joneberg Holding AB:s bolagsordning, bilaga 2.1 till Aktieägaravtalet.

delas upp mellan dotterbolagen på så sätt att Nya Joneberg A skulle uppföra punkthus med hyreslägenheter för trygghetsboende, Nya Joneberg B skulle uppföra lägenheter för särskilt boende och ni skulle uppföra allmännyttiga hyreslägenheter. Dotterbolagen skulle också själva ingå entreprenadavtal för genomförande av byggprojektet.¹³ Syftet som respektive dotterbolag bildades för framgår även av arbetsordningen för respektive dotterbolags styrelse. I arbetsordningen för er styrelse anges att ni ska förvärva tomtmark och uppföra allmänna hyreslägenheter.¹⁴

Enligt aktieägaravtalet finansierades verksamheten i holdingbolaget genom villkorade aktieägartillskott och kapitaltäckningsgarantier från SIMBO och Näckström.¹⁵ Inklusivt aktiekapitalet skulle den totala finansieringen uppgå till 550 000 kronor och fördelas proportionerligt till det procentuella ägandeförhållandet. SIMBO:s andel motsvarade således 247 500 kronor och Näckströms 302 500 kr.¹⁶

Aktieägartillskotten och kapitaltäckningsgarantierna var villkorade på så sätt att SIMBO och Näckström hade rätt att köpa samtliga aktier i dotterbolagen till deras kvotvärde och dessutom hembudsskyldighet och förköpsrätt för aktierna. För Näckströms del gällde rätten bolagen Nya Joneberg A och B medan SIMBO hade rätt att köpa era aktier.¹⁷ Separata optionsavtal med de närmare villkoren för att köpa aktierna i dotterbolagen tecknades mellan Holdingbolaget och SIMBO respektive Näckström samma dag som aktieägaravtalet.¹⁸

Enligt avtalet skulle optionerna om att köpa aktierna utnyttjas efter ett godkännande vid slutbesiktning och slutavräkning av samtliga nya byggnader. I samband med det skulle samarbetet upphöra och holdingbolaget likvideras. SIMBO och Näckström skulle emellertid arbeta för att möjliggöra att optionerna skulle kunna utnyttjas tidigare än så men inte tidigare än att respektive dotterbolag ingått entreprenadavtal och arbeten enligt dessa påbörjats.¹⁹

Finansieringen av dotterbolagen skulle enligt aktieägaravtalet inte ske från holdingbolagets sida utan verksamheten skulle i stället finansieras genom antingen SIMBO eller Näckström beroende på vilken av dem som hade optionsrätten att köpa aktierna i bolaget. Finansieringen av dotterbolagen fick ske genom lån direkt till respektive dotterbolag. Respektive optionshavare var även enligt aktieägaravtalet tvungna att omedelbart avhjälpa eventuell likviditets- eller

¹³ Punkt 2.7 och punkt 9.2 i aktieägaravtalet.

¹⁴ Arbetsordningen för styrelsen i respektive dotterbolag, bilaga 3.2 till aktieägaravtalet.

¹⁵ Punkt 7.1a i aktieägaravtalet.

¹⁶ Avtal från den 11 januari 2013 om villkorat aktieägartillskott och kapitaltäckningsgaranti mellan SIMBO och Nya Joneberg Holding AB respektive Näckström och Nya Joneberg Holding AB, bilaga 7.1a till aktieägaravtalet.

¹⁷ Se punkt 7.1c i aktieägaravtalet.

¹⁸ Optionsavtal mellan SIMBO och Nya Joneberg Holding AB, undertecknat den 11 januari 2013, bilaga 7.1c till aktieägaravtalet.

¹⁹ Optionsavtalet samt punkt 15.4 i aktieägaravtalet.

kapitalbrist som ledde till att dotterbolag kom på obestånd eller tvingades upprätta kontrollbalansräkning.²⁰

För er del innebar detta att aktieägaravtalet reglerade att det var SIMBO som skulle finansiera er verksamhet att uppföra byggnationen av bostäder och som även skulle avhjälpa eventuell likviditets- eller kapitalbrist. SIMBO skulle även för er del svara för redovisning, bolagsadministration samt månadsvis rapportering.²¹

I mars 2013 skrev SIMBO under ett låneavtal om 35 miljoner kronor från SEB. Till avtalet upprättades en borgensförbindelse som kommunen undertecknade och som innebar att kommunen gick i borgen för SIMBO:s lån.²² I ett separat avtal med er åtog sig SIMBO att vid behov låna ut pengar till er för att finansiera uppförandet av bostäderna.²³

Med finansieringen säkrad ingick ni därefter byggentreprenadkontraktet med Edstrands den 4 oktober 2013. Avtalet omfattade byggandet av ett flerfamiljshus i tre våningar med 27 lägenheter, benämnt hus C.²⁴ Kontraktssumman angavs till 26 835 000 kronor exklusive mervärdesskatt samt ändrings- och tilläggsarbeten. Därutöver tillkom 112 000 kronor för anläggande av parkeringsplatser.

Därefter sålde kommunen i oktober 2013 tre av de fyra fastigheter som skulle avstyckas enligt exploateringsavtalet till dotterbolagen. Enligt köpeavtal som upprättades överlät kommunen fastigheten Simrishamn Joneberg 10 (Joneberg 10) till er.²⁵ Köpeskillingen för Joneberg 10 var 998 700 kronor och i köpeavtalet anges att fastigheten såldes för nybyggnation av cirka 26 hyreslägenheter.²⁶

Drygt ett år efteråt utnyttjade Näckström den 14 november 2014 sin rätt att köpa samtliga aktier i bolagen Joneberg A och B. SIMBO och Nya Joneberg Holding AB undertecknade samma dag ett avtal som innebar att Nya Joneberg Holding AB sålde er till SIMBO för kvotvärdet av era aktier.²⁷ Eftersom något aktietillskott inte skett sedan ni inrättades uppgick ersättningen till 50 000 kronor. Genom köpet av er tillgodogjorde sig SIMBO, förutom aktierna i bolaget, fastigheten Joneberg 10 och det redan ingångna byggentreprenadkontraktet med Edstrands avseende uppförandet av 27 hyreslägenheter. Slutbesiktning av hyreslägenheterna skedde den 20 juni 2015.

²⁰ Punkt 7.2, 7.4, i aktieägaravtalet.

²¹ Punkt 10-11 i aktieägaravtalet.

²² Kontokreditkontrakt inklusive borgensförbindelse med SEB, undertecknad av SIMBO den 25 mars 2013.

²³ Lånevillkor för finansiering av nybyggnad av hyreslägenheter inom fastigheten Simrishamn Joneberg 10.

²⁴ Byggentreprenadkontrakt med Edstrands, undertecknat den 4 oktober 2013.

²⁵ Samtidigt överlät kommunen fastigheterna Simrishamn Joneberg 5 till dotterbolaget Joneberg A samt fastigheten Simrishamn Joneberg 7 till dotterbolaget Joneberg B.

²⁶ Köpebrev för fastigheten Joneberg 10 undertecknad den 23 oktober 2013.

²⁷ Aktieöverlåtelseavtal mellan Nya Joneberg Holding AB och Simrishamns Bostäder AB, undertecknat den 14 november 2014.

Under vår utredning har det kommit fram att ni numer är helägda av SIMBO och att ni följer upphandlingslagstiftningen. Vår utredning gäller emellertid om ni innan dess att ni blev helägda av SIMBO var ett offentligt styrt organ samt om ni genomfört en otillåten direktupphandling av ert avtal med Edstrands.

Ni har fått tillfälle att yttra er över vårt utkast till beslut. Ni anser att ni inte brutit mot annonseringsskyldigheten enligt ÄLOU. Ni har bedrivit kommersiell verksamhet syftande till att säkerställa det samlade behovet av vård-, trygghetsboende och hyresbostäder i Simrishamns kommun. Projektet är samhällsnyttigt och hade inte kunnat genomföras utan samarbete med Näckström. Ni var vid upphandlingen av Edstrands inte ett offentligt styrt organ eftersom ni bedrev kommersiell verksamhet och inte stod under SIMBO:s kontroll.

Konkurrensverkets bedömning

För att kunna bedöma om ni är ett offentligt styrt organ och därmed jämföras med upphandlande myndigheter måste följande kriterier beaktas:

Ni uppfyllde kravet på viss organisationsform

Inledningsvis kan det konstateras att ni vid denna tidpunkt var ett aktiebolag och att ni därmed uppfyllde kravet på att ett offentlig styrt organ ska ha viss organisationsform.

Ni tillgodosåg ett behov i det allmännas intresse

Vi anser att syftet med er verksamhet var att tillgodose ett behov i det allmännas intresse och att detta behov inte var av industriell eller kommersiell karaktär.

Ni registrerades i januari 2013 som ett av tre helägda dotterbolag till Nya Joneberg Holding AB. Bildandet av er var en del i skapandet av den projektorganisation som skulle genomföra det så kallade Jonebergsprojektet. Projektet gick ut på att bilda nya fastigheter genom att stycka av en befintlig fastighet i Simrishamns kommun och på dessa uppföra byggnader för bostäder, trygghetsboende och äldreomsorg.

Er del i projektet var att uppföra bostäder i form av hyreslägenheter på fastigheten Joneberg 10. Att syftet med ert tillskapande uteslutande var att tillgodose byggandet av hyreslägenheterna framgår av aktieägaravtalet mellan SIMBO och Näckström om tillskapandet av Nya Joneberg Holding AB, av avtalet mellan er och Simrishamns kommun om köp av fastigheten Joneberg 10 samt av arbetsordningarna för er styrelse och för styrelsen i Nya Joneberg Holding AB.

Av dessa handlingar framgår även att avsikten var att SIMBO skulle köpa alla era aktier till deras kvotvärde och på så sätt förvärva inte bara er, utan även fastigheten Joneberg 10 med färdigställd och slutbesiktigad byggnad. SIMBO skulle även arbeta för att denna möjlighet skulle utnyttjas tidigare men inte före

det att det fanns ett undertecknat byggentreprenadkontrakt. Den finansiering som var nödvändig för att ni skulle kunna genomföra er del av projektet kom därtill uteslutande från SIMBO som för detta ändamål tagit ett lån om 35 miljoner kronor.

Finansieringen var även kopplad till en rätt för SIMBO att vid ett senare tillfälle förvärva er och därigenom även fastigheten Joneberg 10. Därtill hade SIMBO förbundit sig i aktieägaravtalet med Näckström att se till att finansieringen av hyreslägenheterna och er fortsatta existens säkrades. För det fallet att ni skulle gå med förlust hade SIMBO en skyldighet att tillskjuta medel.

Det är därmed tydligt att syftet från början har varit att de bostäder som ni ansvarade för att bygga och som ni uteslutande skapats för att uppföra skulle övergå i SIMBO:s ägo. Bostäderna skulle därmed bidra till att trygga bostadsförsörjningen i Simrishamns kommun vilket är det uppdrag som SIMBO har att tillgodose som kommunalt bostadsbolag. Er verksamhet är därmed att likställa med det främjande av bostadsförsörjning som vanligtvis ankommer på ett kommunalt bostadsbolag. Ett sådant främjande av bostadsförsörjningen i en kommun är ett sådant allmännyttigt ändamål utan kommersiell karaktär som avses i 2 kap. 12 § ÄLOU.²⁸

För att ni ska bedömas ha varit ett offentligt styrt organ vid tidpunkten då ni ingick entreprenadavtalet med Edstrands krävs därtill att minst ett av de tre alternativa anknytningskriterierna i 2 kap. 12 § LOU var uppfyllt.

SIMBO är ett offentligt styrt organ som ska jämföras med en upphandlande myndighet. SIMBO ägs fullt ut av Simrishamns kommun och har till syfte att främja bostadsförsörjningen inom kommunen. Detta innebär att ni var ett offentligt styrt organ om ni kontrollerades eller finansierades av SIMBO, alternativt om SIMBO utsåg mer än halva antalet ledamöter i er styrelse.²⁹

Ni hade inte en nära anknytning till SIMBO genom er styrelse

Av utredningen i målet framgår att Näckström vid tidpunkten för entreprenaden ägde 55 procent av aktierna i holdingbolaget, vilket i sin tur helägde er. Vad gäller utseende av styrelse gällde samma ordning för såväl holdingbolaget som er, det vill säga att SIMBO och Näckström skulle utse två ledamöter vardera samt att Näckström skulle utse ordförande. Det alternativa kriteriet att mer än hälften av styrelsens ledamöter ska utses av en upphandlande myndighet var därmed inte uppfyllt.

²⁸ Se Kammarrätten i Stockholms dom från den 12 januari 2012 i mål nr 5419-11.

²⁹ Såsom framgår ovan bedömer KKV att ni tillgodoser behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär.

Ni hade en nära anknytning till SIMBO genom er finansiering

Av aktieägaravtalet framgår att holdingbolaget varken skulle gå i borgen för dotterbolagens förpliktelser eller tillskjuta kapital till dessa. Er verksamheten att uppföra hyreslägenheter finansierades i stället genom att ni vid behov lånade pengar från SIMBO som i sin tur avtalat om kontokredit hos SEB om 35 000 000 kr. SIMBO var dessutom tvungen att omedelbart avhjälpa eventuell likviditets- eller kapitalbrist som ledde till att dotterbolag kom på obestånd eller tvingades upprätta kontrollbalansräkning.

Hela er verksamhet bestod av att uppföra ett flerfamiljshus på fastigheten Joneberg 10. Denna verksamhet finansierades i helhet av SIMBO. Enligt vår bedömning var den aktuella lånefinansieringen av en sådan karaktär att det förelåg en nära anknytning mellan er och SIMBO. Avtalet om lånevillkor mellan er och SIMBO kan med hänsyn till omständigheterna för dess tillkomst inte likställas med ett normalt kommersiellt avtal med ömsesidiga förpliktelser mellan parterna. Att SIMBO skulle finansiera er verksamhet var överhuvudtaget inte följden av en överenskommelse mellan SIMBO och er, utan detta reglerades i stället genom aktieägaravtalet mellan SIMBO och Näckström. Att ni hade en nära anknytning till SIMBO styrks dessutom av det faktum att SIMBO hade optionsrätt att förvärva samtliga aktier i Nya Joneberg C till det nominella värdet, dvs. 50 000 kr. Avsikten har således hela tiden varit att så snart byggentreprenaden var slutförd skulle SIMBO träda in som ensam ägare av hyresfastigheten. Ytterligare en omständighet som talar för en nära anknytning är att SIMBO:s ägare, Simrishamns kommun, gick i borgen för den kontokredit som ingicks för byggnationen.

Eftersom SIMBO är en upphandlande myndighet var det alternativa kriteriet om offentlig finansiering därför uppfyllt när ni ingick kontraktet med Edstrands.

Er verksamhet stod under SIMBO:s kontroll

SIMBO ägde en minoritetspost om 45 procent av Nya Joneberg Holding AB som ni i er tur var helägt av. Vid tidpunkten för tecknandet av kontraktet med Edstrands kontrollerade således SIMBO mindre än hälften av era aktier. Av aktieägaravtalet framgår dock att SIMBO hade i uppgift att sköta er redovisning och bolagsadministration samt ansvara för er rapportering. SIMBO utsåg också hälften av ledamöterna i er styrelse. Vi anser därför att SIMBO hade ett sådant väsentligt inflytande över er löpande verksamhet att även det alternativa kriteriet om offentlig kontroll var uppfyllt vid tidpunkten för entreprenadavtalets ingående.

Kontraktet med Edstrands ingicks genom en otillåten direktupphandling

Sammantaget innebär förekomsten av den nära anknytningen till SIMBO genom finansiering och kontroll att ni vid tidpunkten för ert avtal med Edstrand var ett

offentligt styrt organ. Ni var därför då skyldiga att tillämpa bestämmelserna i ÄLOU vid anskaffningar av varor, tjänster och byggentreprenader.

När ni ingick byggentreprenadkontraktet med Edstrands uppskattades värdet på avtalet till 26 947 000 kronor. Eftersom detta belopp var lägre än tröskelvärdet för byggentreprenader skulle 15 kap. ÄLOU ha tillämpats. Enligt dessa bestämmelser ska en upphandlande myndighet annonsera sin avsikt att ingå ett byggentreprenadkontrakt i förväg innan det ingås.³⁰ Möjlighet att bortse från detta krav finns om något av de undantag som anges i lagen skulle vara uppfyllda. Vår bedömning är att ingen av dessa undantagssituationer var uppfyllda för kontraktet med Edstrands. Genom att inte annonsera er avsikt att ingå avtal om byggentreprenad på fastigheten Joneberg 10 har ni genomfört en otillåten direktupphandling när ni ingick avtalet med Edstrands. Därmed har konkurrensen snedvridits och andra potentiella leverantörer har inte haft möjlighet att tävla om kontraktet.

Konkurrensverkets tillsyn

Vi har i uppdrag att utöva tillsyn över upphandlingslagstiftningen och bidra till en effektiv offentlig upphandling. Tillsynen bedrivs bland annat genom tillsynsbeslut eller ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § ÄLOU.

En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska göras inom ett år från det att det aktuella avtalet eller avtalen ingicks. Eftersom denna tid har passerat för aktuella avtal har vi i stället valt att fatta detta tillsynsbeslut och därmed rikta kritik mot Nya Joneberg C AB.

Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit Mattias Berger.

Rikard Jermsten

Mattias Berger

HUR MAN ÖVERKLAGAR, bilaga 1

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats

³⁰ 15 kap. 4 § ÄLOU.